

ANTECEDENTES INTERNACIONALES EN MATERIA DE PRIVACIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

INTERNATIONAL BACKGROUND ON PRIVACY AND PERSONAL DATA PROTECTION

✉ Por: Jonathan López-Torres*

Fecha de recepción: 27 de octubre de 2014

Fecha de aprobación: 25 de noviembre de 2014

Resumen

En la actualidad es posible percibir una falta de uniformidad respecto al uso del concepto de privacidad en distintos instrumentos internacionales. Esta situación se ha evidenciado aún más con el desarrollo del derecho a la protección de datos personales ya que estos dos derechos – privacidad y protección- en ocasiones parecen colisionar. Hoy existen diversos lineamientos que pretenden armonizar el derecho a la privacidad con la protección de datos personales. Los estándares emanados de la Unión Europea, aun sin proponérselo, están sirviendo como base para la regulación de la materia a nivel global.

Palabras clave: Datos personales, autodeterminación informativa, privacidad, protección de datos.

Abstract

Nowadays a lack of uniformity regarding the use of the concept of privacy can be observed in different international instruments. This situation is related to the development of the right to protection of personal data because those rights –privacy and protection- sometimes seem to collide. Today there are several guidelines that seek to harmonize the right to privacy and the protection of personal data. The standards adopted by European Union are now serving as the basis for the regulation of this matter in a global context.

Key words: Personal data, informational self-determination, privacy, data protection.

* Candidato a Magister en Derecho de las Tecnologías de la Información y Comunicación por Infotec. Abogado por el Tecnológico de Monterrey y miembro de la firma Lex Informática Abogados, S.C., en México. mx.jonathantorres@gmail.com



Introducción

El valor de la información personal está teniendo un aumento gradual en virtud de los avances y desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación (en adelante TIC). En este contexto debe tomarse en cuenta que las TIC tienen una penetración y alcance distintos en cada país. Los avances tecnológicos en los sectores tanto público y privado, como sus alcances a nivel nacional e internacional, también se diferencian dependiendo del Estado al que se haga referencia, por ello, su regulación resulta también disímil.

En este sentido, como parte de las estrategias de desarrollo, las nuevas modalidades de hacer negocios, como el comercio electrónico; y de gobernar, como el gobierno electrónico, han sido unos de los temas *punta de lanza* para que se destine especial atención en el uso de la información personal, y su flujo; tanto a nivel nacional como internacional. La interacción conlleva flujos globales de información en cantidades inimaginables. Esto ha provocado que la información personal se convierta en un objetivo lucrativo.

Por tanto, si bien es importante el desarrollo tecnológico para el bienestar de los países, éste no debe ser lesivo de los derechos de sus habitantes, es decir, cualquier estrategia de desarrollo que implique uso y comunicación de información personal está obligada a respetar el derecho a la protección de la información personal, ya que con este derecho se protege a las personas titulares de dicha información. El presente artículo hará referencia a distintos aportes que en materia de protección de datos personales deben ser tomadas en cuenta por todos los Estados miembros de la sociedad internacional. Estos aportes provienen tanto de países como los Estados Unidos; integraciones regionales como la Unión Europea; organizaciones internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante OCDE)¹ o bien la misma Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), las cuales marcan las pautas para una regulación armónica en materia de protección de datos personales con miras a su completa armonización internacional.

El origen del concepto “Derecho a la Privacidad”

El término “privacidad” es una palabra que no puede ser usada sin relacionarla al tema de protección de datos personales. Aparece por primera vez en 1890 en Estados Unidos en el famoso artículo “*The right to privacy*”² de los autores Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis. En este artículo, se hace un pronunciamiento respecto de los cambios que sufren las sociedades desde el punto de vista económico, político y social, cambios que implican

1 Se ha realizado una selección de este tipo de aportes, el tema es tan amplio que los aportes de diversas organizaciones internacionales no serán mencionados, también por razones de extensión, como por ejemplo el marco de privacidad del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC) que se basa en las directrices de la OCDE.

2 Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy”, en *The Harvard Law Review*, Diciembre 15, 1890, Vol. 4, No. 5, [en línea], disponible en: <http://www.english.illinois.edu/-people-/faculty/debaron/582/582%20readings/right%20to%20privacy.pdf>, consulta: 15 de septiembre de 2014.



el reconocimiento de derechos, como lo son el derecho a la privacidad y a la protección de información personal.

Warren y Brandeis enfocan su artículo en un derecho que garantiza la protección a las personas respecto de su vida privada, en contra de las injerencias de los medios de información, como lo era la prensa. Este derecho “*the right to privacy*”, fue resumido a “*the right to be let alone*”,³ derecho que de alguna manera también se había previsto en la regulación francesa en materia de prensa⁴ sin que se hiciera referencia exacta al concepto de privacidad o derecho a ser dejado solo.

Posteriormente, en 1960 William L. Prosser establece cuatro tipos de “*torts*”⁵ (agravios) a la privacidad, los cuales derivaron de los precedentes establecidos por los tribunales de Estados Unidos, y que habían tomado como referencia el derecho establecido en el artículo de Warren y Brandeis.

Este derecho a la privacidad o a ser dejado sólo, según fue comprendido por los franceses, fue planteado por los autores sin conocer las implicaciones y precedentes que fijaría en su aplicación e interpretación, pues la mayoría de las cortes de Estados Unidos lo reconocieron, al grado de que la Suprema Corte de dicho país lo consideró como derecho con protección constitucional. No sobra mencionar que este derecho tiene al día de hoy una relevancia trascendental en Estados Unidos como parte de un nuevo concepto de privacidad en relación a su seguridad nacional, pero que sin embargo también resulta ser uno de los derechos más controvertidos pues Estados Unidos es considerado uno de los países que más indaga sobre la información de las personas. Basta con mencionar, como ejemplo, la conocida “lista negra”⁶ del ex presidente Bill Clinton que no es otra cosa sino una lista en donde se incluyen los nombres de personas y empresas que según ese país se encuentran relacionados con el narcotráfico.

Sin pretender hacer todo un desarrollo respecto de la regulación en Estados Unidos, en materia de protección de datos personales⁷ sirva hasta aquí lo expuesto pues no es la

3 Término atribuido a Thomas M. Cooley.

4 El nombre de la regulación en francés es “*Loi relative à la presse*” del 11 de mayo de 1868. Véase en: Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, *Op. cit.*, p. 214.

5 Con la finalidad de no crear confusión con la traducción al español, los agravios son: 1. *Intrusion upon the plaintiff's seclusion or solitude, or into his private affairs*, 2. *Public disclosure of embarrassing private facts about the plaintiff*, 3. *Publicity which places the plaintiff in a false light in the public eye*, y 4. *Appropriation, for the defendant's advantage, of the plaintiff's name or likeness*. Véase artículo completo en: William L. Prosser, “Privacy”, en *California Law Review*, Agosto 1960, Vol. 48, No. 3, [en línea], disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3157&context=californialawreview>, consulta: 16 de septiembre de 2014.

6 “Specially Designated Nationals List” (SDN), [en línea], disponible en: <http://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/SDN-List/Pages/default.aspx>. Última fecha de consulta el 12 de diciembre de 2014.

7 En cuanto a la regulación, entre las más importantes se encuentran: *The Freedom of Information Act (1966)*, *The Privacy Act (1974)*, *The Health Insurance Portability and Accountability Act (1996)* y *The Children's Online Privacy (1998)*.



finalidad de esta contribución agotar el tema en relación a este país y sólo es menester resaltar que el derecho a la privacidad, que implica la protección de la información personal, es un derecho cuyo origen se gestó en la literatura académica, las investigaciones de las autoridades habilitadas en la materia así como por los precedentes fijados por los tribunales judiciales de ese país.

Instrumentos internacionales y la falta de uniformidad en el uso de los conceptos “Privacy”, “Vie Privée” y “Vida Privada”

En lo que respecta al contexto internacional, a continuación se presentan algunos instrumentos internacionales que hacen referencia a los conceptos de privacidad o vida privada de manera indistinta lo cual ha generado controversias con respecto al alcance, contenido y diferencia con el derecho a la protección de datos personales.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH) de 1948, tiene una curiosa y relevante importancia en el tema que nos ocupa. Curiosa por la utilización de los términos privacidad y vida privada de forma indistinta, refiriéndose a un mismo derecho, lo cual es una problemática derivada de los idiomas oficiales⁸ de las Naciones Unidas y de relevante importancia por la tendencia en el reconocimiento del derecho a la protección de los datos personales como derecho humano autónomo, ya que en su artículo 12⁹ se establece, si bien no de forma específica este derecho a la protección de información personal, dicho numeral es considerado la base de la protección de datos personales al hablar de injerencias en la vida privada de las personas.

En el artículo 12 de la DUDH en la versión en inglés se utiliza el concepto “privacy” en los términos siguientes: “No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks”. Por su parte, en la versión en francés¹⁰ se utiliza el término “vie privée”, mientras que en el idioma español se utiliza el término “vida privada”.¹¹ De lo cual se desprende que, los términos “privacy,

8 Los idiomas oficiales de la ONU son: árabe, chino, español, francés, inglés y ruso.

9 Este artículo refiere a la protección de la vida privada, la familia, la honra y la reputación, todos estos derechos reconocidos implícitamente en regulaciones anteriores tal como el derecho de familia y la regulación penal, por lo que pareciera que no es más que la materialización de un derecho que estuvo reconocido aunque indirectamente pero que retomó su importancia tras los acontecimientos suscitados en la Segunda Guerra Mundial como la creación de estereotipos con fines bélicos.

10 Article 12. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes. Asimismo, en el artículo de Brandeis y Warren cuando hacen alusión al “the right to privacy” señalan que éste se encuentra previsto en la regulación francesa en materia de prensa, donde ésta utiliza también el término “vie privéé”, lo cual los coloca en el mismo supuesto de la problemática terminológica.

11 Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.



vie privée y *vida privada*” son utilizados de forma indistinta, al hacer alusión a un mismo derecho, sin embargo, en ningún apartado dentro del documento se especifica qué debe entenderse por dichos términos¹².

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹³, de 1948, en su artículo 5, no utiliza el término privacidad sólo el de “vida privada”¹⁴ con sus equivalentes “*private (and family) life*”¹⁵ y “*vie privée*”¹⁶ en sus respectivas versiones en inglés y francés que pueden ser consultadas en línea en la página oficial de la Organización de los Estados Americanos.

En esa tesitura de creación y adopción de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, en 1950 se adopta el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cuyas versiones oficiales son únicamente en los idiomas inglés y francés, y que en su artículo 8 en relación al derecho al respeto a la vida privada, utilizan los términos “*private (and family) life*”¹⁷ y “*vie privée*”¹⁸.

Posteriormente, en 1966 la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP en adelante). Este instrumento, en su artículo 17, reproduce casi de forma intacta lo previsto en el artículo 12 de la DUDH, utilizando en su versión en español el concepto de “vida privada”, mientras que “*privacy*”

12 González Fuster, Gloria, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*. Suiza, Springer, 2014. p. 37.

13 Con un enfoque regional, este instrumento se adopta en la reciente creación de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyos idiomas oficiales son: español, francés, inglés y portugués. Véase más acerca de la OEA [en línea], disponible en: <http://www.iin.oea.org/IIN2011/oea-organizacion-estados-americanos.shtml>

14 Artículo V. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar. [En línea], disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

15 “Article V. Every person has the right to the protection of the law against abusive attacks upon his honor, his reputation, and his private and family life”. [En línea], disponible en: <http://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/declaration.asp>

16 “Article V. Toute personne a droit à la protection de la loi contre les attaques abusives contre son honneur, sa réputation et sa vie privée et familiale”. [En línea], disponible en: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/French/b.declaration.htm>

17 Article 8. Right to respect for private and family life. 1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others. [En línea], disponible en: <http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/005.htm>

18 Article 8. Droit au respect de la vie privée et familiale. 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. [En línea], disponible en: <http://conventions.coe.int/treaty/fr/treaties/html/005.htm>



y “*vie privée*” en sus versiones en inglés y francés respectivamente¹⁹, sin explicar nuevamente en qué consiste este concepto.

Por último, en 1969 se adopta la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José de Costa Rica. En su artículo 11, mantiene la problemática de la utilización de los términos “*private life*, *vie privée* y *vida privada*” en sus distintas versiones en inglés, francés y español, sin hacer distinción alguna. Aunado a esto, en el título del artículo en su versión en inglés se refiere al término “*Right to privacy*” mientras que en su versión en español se denomina: “Protección de la Honra y de la Dignidad”²⁰.

Ahora bien, en ninguno de todos los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos hasta el momento mencionados se hace referencia al concepto del derecho a la protección de los datos personales en sentido estricto, solamente haciendo una interpretación del texto de los instrumentos internacionales podría vincularse a los datos personales y al tratamiento de los mismos. Evidentemente, para la época en la que se redactaron estos instrumentos los avances tecnológicos no representaban el riesgo del manejo de información personal como sucede hoy en día.

En este orden de ideas, es en 1988 cuando el Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas a través de su Observación General Número 16²¹ se pronuncia respecto del contenido del artículo 17²² del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo es la reproducción casi exacta del artículo 12²³ de la DUDH. En ambos artículos se hace referencia al concepto “vida privada” sin embargo en la Observación General Número 16 en comento se hace referencia al “derecho a la intimidad”²⁴.

19 Véanse versiones oficiales en los idiomas inglés, francés y español, respectivamente, [en línea], disponibles en: <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>; <http://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>; y <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

20 Véanse versiones oficiales en los idiomas inglés, francés y español, respectivamente, [en línea], disponibles en: http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm <https://www.cidh.oas.org/Basicos/French/c.convention.htm> http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

21 Observación General Número 16, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 17. Derecho a la intimidad, 32º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 162 (1988). [En línea], disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom16.html>, última fecha de consulta el 16 de diciembre de 2014.

22 Artículo 17. 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

23 Artículo 12.- Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

24 La Observación General Número 16 puede consultarse en: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom16.html>, última fecha de consulta el 16 de diciembre de 2014.



En este pronunciamiento, se realiza todo un análisis respecto de qué debe entenderse por injerencias ilegales y arbitrarias a la vida privada, qué se entiende por familia y domicilio, etcétera. Sin embargo, en ningún apartado define lo que debe entenderse por vida privada o derecho a la intimidad. Aunado a ello, sí realiza un pronunciamiento respecto del tema que nos ocupa en su numeral 10 que a la letra indica:

“La recopilación y el registro de información personal en computadoras, bancos de datos y otros dispositivos, tanto por las autoridades públicas como por las particulares o entidades privadas, deben estar reglamentados por la ley. Los Estados deben adoptar medidas eficaces para velar por que la información relativa a la vida privada de una persona no caiga en manos de personas no autorizadas por ley para recibirla, elaborarla y emplearla y por que nunca se la utilice para fines incompatibles con el Pacto. Para que la protección de la vida privada sea lo más eficaz posible, toda persona debe tener el derecho de verificar si hay datos personales suyos almacenados en archivos automáticos de datos y, en caso afirmativo, de obtener información inteligible sobre cuáles son esos datos y con qué fin se han almacenado. Asimismo, toda persona debe poder verificar qué autoridades públicas o qué particulares u organismos privados controlan o pueden controlar esos archivos. Si esos archivos contienen *datos personales* incorrectos o se han compilado o elaborado en contravención de las disposiciones legales, toda persona debe tener derecho a pedir su rectificación o eliminación²⁵.

El Comité de los Derechos Humanos señala, en términos generales, que debe estar regulada la recopilación y el registro de información personal en computadoras, bancos de datos y otros dispositivos, tanto para el sector público como el privado, debiéndose adoptar medidas para que la información relativa a la vida privada de una persona no esté disponible para personas no autorizadas para ello. Asimismo, se establece un “derecho de verificación” que consiste en que toda persona tiene el derecho a verificar si hay datos personales suyos almacenados en posesión del sector público o privado, así como un “derecho a saber” cuáles son esos datos almacenados (en caso de haberlos), y para qué fines se han almacenado, y un “derecho de rectificación o eliminación” en caso de que los datos personales sean incorrectos o si se obtuvieron de forma ilegal, respectivamente.

Lo planteado en el párrafo anterior, es de suma importancia en virtud de que se establecen los derechos básicos que tiene toda persona respecto del tratamiento de su información personal, aspecto que se conoce en diversas regulaciones y en la literatura en materia de protección de datos personales como “el derecho a la autodeterminación informativa”, el cual consiste en el derecho que tiene toda persona para decidir qué se puede hacer o no con su información personal, respondiendo básicamente a las siguientes preguntas ¿quién?, ¿cómo? y ¿para qué?

Ahora bien, en lo que respecta a Naciones Unidas entre 1990 y 1991 se llevó a cabo el 45° periodo de sesiones de su Asamblea General, donde se aprobaron 269 resoluciones,

25 *Ibíd.* Las cursivas fueron añadidas.



entre las cuales, destaca la Resolución 45/95 de 14 de diciembre de 1990, por la que se aprueban los “Principios rectores sobre la reglamentación de los ficheros computadorizados de datos personales”²⁶. En esta resolución la Asamblea solicita a los gobiernos, 1) que tengan en cuenta dichos principios en sus leyes y reglamentos, y 2) que tanto las organizaciones gubernamentales, inter gubernamentales como no gubernamentales observen dichos principios en el ámbito de su competencia, lo cual es uno de los primeros antecedentes en materia de regulación de protección de datos personales.

Estos principios rectores en materia de protección de la información personal aprobados por la Asamblea General son: licitud, lealtad, exactitud, finalidad, acceso, no discriminación y seguridad. Con esto se sientan las bases respecto del establecimiento de excepciones, controles, sanciones, y flujos a través de fronteras, así como un ámbito de aplicación para la información personal que hasta ese momento no existía en los instrumentos internacionales como se ha explicado²⁷.

En este orden de ideas también la OCDE ha desempeñado un papel trascendental en materia de protección de la información personal en el contexto internacional. Si bien ésta es una organización enfocada al desarrollo económico²⁸, en el seno de la misma organización se percibió la problemática derivada de las diversas estrategias de desarrollo en materia de comercio, en particular en lo concerniente al comercio electrónico, pues éste implica el intercambio, manejo, uso y tratamiento en general de la información personal.

El derecho al desarrollo promovido por la OCDE no debía estar confrontado con los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales aun y cuando no existiera una uniformidad en el manejo de los conceptos como es el caso de la vida privada, la privacidad o el derecho a la intimidad vinculados a la protección de la información personal.

De este modo, en el contexto de la sociedad de la información, en la cual el comercio electrónico es utilizado de forma cotidiana, así como el gobierno electrónico, en donde se

26 Esta resolución tiene como finalidad aprobar un proyecto de principios en los que ya se venía trabajando con anterioridad, prueba de ello son las resoluciones 1990/38 del Consejo Económico y Social del 25 de mayo de 1990, 1990/42 de la otrora Comisión de Derechos Humanos del 6 de marzo de 1990, 44/132 del 15 de diciembre de 1989 de la Asamblea General, 1989/78 del Consejo Económico y Social del 24 de mayo de 1989, y 1989/43 de la otrora citada Comisión de Derechos Humanos del 6 de marzo de 1989, todas bajo el mismo título “Principios rectores sobre la reglamentación de los ficheros computadorizados de datos personales”.

27 Aún y cuando se utiliza el término “principio” no todos los señalados lo son en sentido estricto respecto del tratamiento de información personal, pero sí consideramos que son estándares básicos que se deberán observar por las respectivas legislaciones y sujetos regulados, con la finalidad de brindar protección al titular de dicha información. Los principios pueden ser consultados [en línea], disponibles en: <http://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/Res-95-45-de-1990-ONU-Principios-rectores-para-la-reglamentaci%C3%B3n-de-los-ficheros.doc>. Última fecha de consulta el 16 de diciembre de 2014. Última fecha de consulta el 16 de diciembre de 2014.

28 Véase la página oficial sobre los objetivos de la OCDE en <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>, Observación General Número 16, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 17. Derecho a la intimidad, 32º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 162 (1988). [En línea], disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom16.html>, última fecha de consulta el 16 de diciembre de 2014. Última fecha de consulta el 16 de diciembre de 2014.



realizan el tratamiento continuo de datos personales, fue necesario el planteamiento de estrategias que garantizaran el tratamiento de la información personal con estricto apego a los derechos humanos²⁹ y así salvaguardar la dignidad humana de las personas sin que esto llegara a representar un retraso en la utilización de nuevas tecnologías.

Para que los Estados pudieran adecuar sus marco jurídicos y establecer las garantías mínimas de protección de los derechos humanos y en particular el derecho a la privacidad y protección de información personal, la OCDE, después de varios años de trabajo³⁰, adoptó en 1980 las “Directrices sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales”³¹ pues el problema no radicaba en el manejo de la información personal *per se* sino en la escasa regulación que existía en torno a la misma. Estas directrices tuvieron como alcance el tratamiento de datos personales en el sector público y privado a fin de evitar su uso si: “suponen un peligro para la privacidad y las libertades individuales”³².

En estas directrices se plantearon los siguientes principios: de limitación de recogida de datos personales; de calidad de los datos personales; de especificación del propósito de la recogida de datos personales; de limitación de uso de los datos personales; de limitación de uso de los datos personales; de la salvaguardia de la seguridad para proteger los datos personales; de transparencia en cuanto a evolución, prácticas y políticas relativas a datos personales, de participación individual y de responsabilidad sobre todo controlador de datos personales³³.

Bases mínimas de protección de datos personales de la Unión Europea

El interés por el derecho a la privacidad aumentó con el fin de la Segunda Guerra Mundial que generó un marco alto de sensibilidad en el tema. Sin embargo, entre los años 1960 y 1970 con el advenimiento de las tecnologías de la información y el potencial de vigilancia de los sistemas informáticos de gran alcance, se impulsó la demanda de normas específicas para regular la recolección y manejo de información personal.

29 Protección de datos personales como derecho humano.

30 Los trabajos de la OCDE comienzan en marzo de 1968 (3rd Ministerial Meeting on Science of OECD Countries - Gaps in Technology : Plastics), junio de 1968 (creación del “Computer Utilisation Group”), 1971 (Reportes: Computerised data banks in public administration y Digital information and the privacy problema), 1972 (creación de los paneles “Data Bank y Policy Issues of Computer”), 1974 (seminario “Policy Issues in data protection and privacy”), 1975 (conferencia “Computer/Communications Policy”), 1978 (comienzan los trabajos de redacción de las Directrices de 1980), septiembre de 1980 (adopción de las Directrices), 1981 (creación del “Information, Computer and Communications Committee”), 1985 (adopción de “Declaration on Transborder Data Flows”).

31 Estas directrices fueron adoptadas por recomendación del Consejo de la OCDE el 23 de septiembre de 1980, y en el año de 2013 fueron actualizadas. Véanse ambas versiones [en línea] disponibles en: http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf

32 Directrices de la OCDE sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales, disponible en: www.oecd.org/sti/ieconomy/15590267.pdf última fecha de consulta el 16 de diciembre de 2014.

33 *Ibíd.*



La génesis de la legislación moderna en esta área se remonta a la primera ley de protección de datos en el mundo promulgada en el Estado de Hesse en Alemania en 1970³⁴. Esta fue seguida por las leyes nacionales en Suecia (1973), Alemania (1977) y Francia (1978)³⁵.

En enero de 1968, el Consejo de Europa adoptó la recomendación 509 relativa a derechos humanos y desarrollos científicos y tecnológicos³⁶. Este instrumento, pone en consideración la problemática que se presenta en relación a los serios daños a los derechos de las personas, en específico al derecho a la privacidad y vida privada³⁷, derivado de los avances de la ciencia y los desarrollos tecnológicos. En ese sentido, la recomendación 509 consiste en que el Comité de Expertos en Derechos Humanos realice un estudio y reporte, con la finalidad de verificar que las legislaciones de los Estados miembros protejan dicho derecho a la privacidad en contra de violaciones que puedan llevarse a cabo a través del uso de métodos científicos y tecnológicos modernos³⁸.

Posteriormente, el 28 de enero de 1981 se adopta el Convenio 108 del Consejo de Europa, para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. En este instrumento se establecen las definiciones para datos de carácter personal, fichero y tratamiento automatizado, así como autoridad controladora del fichero. En cuanto a su campo de aplicación se establecen opciones que deberán determinar los Estados miembros.

El citado convenio 108, en términos generales, establece una serie de principios rectores que deberán ser aplicados al tratamiento de información personal³⁹, así como categorías de información personal en relación a la sensibilidad para su titular, la obligación de la adopción de medidas de seguridad, una serie de garantías (derechos) respecto de dicha información personal, excepciones, sanciones, y contempla también un apartado relacionado a flujos transfronterizos de datos personales, y reglas en la aplicación de dicho instrumento.

34 Esta fue la primera regulación en el mundo, con un alcance local sólo a Hesse y aplicaba únicamente para el sector público.

35 Albert J. Marcella, y Carol Stucki, *Privacy Handbook*, Estados Unidos de Norteamérica, Wiley, 2003, p. 71, (T. del A.).

36 El título oficial es “On human rights and modern scientific and technological developments”.

37 El artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos señala específicamente la vida privada [en línea] disponibles en: http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=OCB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.echr.coe.int%2FDocuments%2FConvention_SPA.pdf&ei=8XuSVM0yDs-NyATs1YCYDA&usg=AFQjCNGNd8COGgNlgbK0w9mxKQyynqMdyQ. Última fecha de consulta el 16 de diciembre de 2014.

38 Council of Europe, Recommendation 509 on human rights and modern scientific and technological developments, [en línea] disponible en: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta68/EREC509.htm>. Última fecha de consulta el 16 de diciembre de 2014.

39 Ver artículo 5 del Convenio 108. Este artículo bajo el título “Calidad de los datos” señala que los datos se obtendrán leal y legítimamente, cumplimiento finalidades determinadas y legítimas, los cuales serán adecuados, pertinentes, no excesivos, exactos y actualizados, cumpliendo un periodo de conservación en relación al cumplimiento de su finalidad.



El Convenio 108 del Consejo de Europa es uno de los primeros instrumentos que prevé de forma material el derecho a la protección de los datos personales, esto en virtud de que la adopción de dicho instrumento tiene como base el fortalecimiento en la protección del derecho a la vida privada⁴⁰. Aunado a que es un instrumento regional dirigido a los miembros del Consejo de Europa, en términos de su artículo 23 cualquier otro Estado no miembro podrá adherirse a él previa invitación de su Comité de Ministros, lo cual es relevante en virtud de la realidad en materia de flujos transfronterizos de datos personales⁴¹.

En octubre de 1985, el Consejo y el Parlamento Europeos, con base al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales⁴², adoptan la Directiva 95/46/EC relativa a la protección de las personas físicas respecto al tratamiento de sus datos personales y la libre circulación de los mismos. En su artículo primero señala la obligación de los Estados miembros de proteger, en particular, el derecho a la vida privada en lo que respecta al tratamiento de datos personales.

La Directiva nace con la finalidad de estandarizar las prácticas de los diversos países en materia de protección de datos personales, estableciendo una serie de principios, derechos y obligaciones de quienes sean responsables de dicha información, atendiendo a la realidad internacional en relación al flujo transfronterizo de datos personales con motivo del desarrollo de las economías, pero sin dejar de observar los derechos de las personas. Es una medida de equilibrio entre el desarrollo económico de las naciones y el respeto a los derechos humanos de las personas, es decir, se apuesta por estrategias comerciales tanto nacionales como internacionales que impliquen el tratamiento de información personal, pero estas prácticas no pueden ser absolutas sin respetar y proteger dicha información que puede tener o no implicaciones en las personas en menor o mayor medida⁴³.

40 Esto es así en virtud de lo señalado en el primer párrafo de dicho instrumento, y también en su artículo 1 en relación al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Asimismo, el citado Convenio se elaboró en los idiomas inglés y francés de forma oficial, donde persiste la problemática en el uso de los términos “*privacy*” y “*vie privée*”.

41 Para complementar el Convenio 108 se emitió un Protocolo Adicional en 2001 relativo a las autoridades encargadas de vigilar el cumplimiento del Convenio, así como lo relativo a las transferencias internacionales de datos personales a un Estado u organización que no sea parte de dicho Convenio, éstos deberán asegurar un nivel adecuado de protección, el Protocolo Adicional está [en línea] disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/181.htm>. Asimismo, el Convenio 108 ha tenido propuestas de modernización, véase más en: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Modernisation_en.asp

42 En el primer considerando de esta Directiva se hace referencia al Convenio Europeo que sin embargo éste no menciona de forma expresa al concepto de derecho de protección de datos personales sino al de vida privada. El término oficial es “*privacy*” en términos del idioma en que fue redactada.

43 La Directiva 95/45 abarca: objeto, definiciones, ámbito de aplicación, derecho nacional aplicable, condiciones de licitud, principios relativos a la calidad de los datos y legitimación del tratamiento, tratamientos de datos en relación a su categoría, información del responsable, aspectos relacionados con la libertad de expresión, excepciones y limitaciones, derecho de acceso, rectificación, oposición, supresión o bloqueo, obligaciones de seguridad y confidencialidad, recursos, responsabilidad y reparación de perjuicios, sanciones, transferencias internacionales de datos, autoridades de control, el grupo del artículo 29, etcétera.



Finalmente, es hasta diciembre del año 2000 que el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea proclaman en Niza la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,⁴⁴ en cuyo artículo 8 se reconoce el derecho de las personas a la protección de los datos de carácter personal que les conciernen, estableciendo que dicha información se tratará de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley, aunado de los derechos accesorios de acceso y rectificación, cuyo cumplimiento y protección deberán ser velados por una autoridad competente.

Así, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se ha convertido en un instrumento de referencia para otros Estados⁴⁵ ya que consolida por primera vez, en un contexto regional, la autonomía e independencia del derecho a la protección de datos personales respecto del derecho a la vida privada.

44 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, Niza, diciembre 2000. Véase [en línea] disponible en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

45 En México, este derecho está reconocido a nivel constitucional en el segundo párrafo del artículo 16 y se encuentra regulado a través de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, en donde si bien se protege dicho derecho, de las sanciones que pueden ser impuestas ninguna tiene como finalidad reparar al titular el daño causado por el mal uso de su información personal. La citada ley señala: Artículo 66. Las sanciones que se señalan en este Capítulo se impondrán sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que resulte.



Conclusiones

Los derechos de vida privada, privacidad, intimidad y protección de datos, desde el punto de vista de su reconocimiento formal a nivel constitucional en los diversos Estados, implican el diseño de toda una infraestructura jurídica. Creación normativa que no es sencilla atendiendo a los avances jurídicos, culturales y tecnológicos de los diversos países que no siempre están al mismo nivel. Por ello, al hablar del derecho a la protección de datos personales, como derecho autónomo, es hablar de dudas y cuestionamientos al carecer en la actualidad de una uniformidad en el manejo de ciertos conceptos. Esto deja de manifiesto que nos encontramos en una fase inicial de desarrollo y consolidación, tanto para las autoridades garantes y judiciales como para los sujetos de derechos en materia de privacidad y protección de información personal.

Los términos “*privacy*, *vie privée* y *vida privada*” han constituido una problemática no sólo terminológica (desde el punto de vista del idioma al referirse a un mismo derecho en los diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos) sino también jurídica. Tan es así, que si bien, en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, el término a aplicar en los países con idioma español sería el de “derecho a la vida privada”, en muchos países de habla hispana se ha adoptado, a la par, el concepto “derecho a la privacidad” creando confusión si ambos derechos son sinónimos, desde el punto de vista de su origen.

Por otro lado, el derecho a la protección de datos personales, si bien pretende proteger la privacidad o vida privada de las personas, se trata de un derecho independiente y autónomo que regula el tratamiento de la información personal en estricto sentido con independencia de si se trata de datos personales sensibles o no.

Por tanto, las aportaciones internacionales en materia de protección de datos, sin lugar a dudas, juegan un papel importante en virtud de que permean en los marcos jurídicos de cada Estado, sirva como ejemplo el caso mencionado de la OCDE y sus “Directrices sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales” que han ayudado a la consolidación del equilibrio en el binomio del derecho a la protección de la información personal con el derecho al desarrollo de los países.

Razón por la cual, hay que reiterar que el problema no es el tratamiento de la información personal en los ámbitos nacionales e internacionales en sí mismo, sino que el problema radica en no tener una normatividad acorde a los estándares mínimos establecidos en instrumentos regionales e internacionales como los que fueron mencionados en el presente artículo, pues estos principios y estándares tendrán en todo momento un papel fundamental ante las nuevas tendencias tecnológicas en el presente y el futuro como es el cómputo en la nube y el big data, por poner algunos ejemplos.

El reto que como sociedad tenemos en puerta es la homologación de las regulaciones en la materia, haciendo especial énfasis en la afectación que se pueda causar en los derechos humanos de las personas derivado de un mal uso de la información personal vulnerando la vida privada, la privacidad o la intimidad de los sujetos titulares de los datos personales.



Bibliografía

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000. [En línea] disponible en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [En línea] disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969. [En línea] disponible en:

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1950. [En línea] disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

Convenio 108 del Consejo de Europa, 1981. [En línea] disponible en: <http://inicio.ifai.org.mx/DocumentosdelInteres/B.28-cp--CONVENIO-N-1o--108-DEL-CONSEJO-DE-EUROPA.pdf>.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948. [En línea] disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948. [En línea] disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 24 de octubre de 1985. [En línea] disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN>.

Directrices de la OCDE sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales, disponible en: www.oecd.org/sti/ieconomy/15590267.pdf última fecha de consulta el 16 de diciembre de 2014.

European Unión, European Union Agency for Fundamental Rights, y Council of Europe, *Handbook on European data protection law*, Publications Office of the European Union, Belgium, 2014, [en línea], disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_ENG.pdf, consulta: 18 de septiembre de 2014.

González Fuster, Gloria, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*. Suiza, Springer, 2014.

Marcella, Albert J., y Stucki, Carol, *Privacy Handbook*. Estados Unidos de Norteamérica, Wiley, 2003.



Observación General No. 16, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 17 - Derecho a la intimidad, 32º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 162 (1988). [En línea] disponible: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom16.html>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966. [En línea] disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>.

OECD, The OECD Privacy Framework, 2013. [En línea] disponible en: http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf.

Observación General Número 16, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 17. Derecho a la intimidad, 32º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 162 (1988). [En línea], disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom16.html>, última fecha de consulta el 16 de diciembre de 2014.

Prosser, William L., “Privacy”, en *California Law Review*, Agosto 1960, vol. 48, núm. 3, [en línea], disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3157&context=californialawreview>, consulta: 16 de septiembre de 2014.

Recommendation 509, On Human Rights and Modern Scientific and Technological Developments, 1968, Council of Europe. [En línea] disponible en: <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta68/EREC509.htm>.

Resolución 45/95, Principios Rectores sobre la Reglamentación de los Ficheros Computadorizados de Datos Personales, 14 de diciembre de 1990. Asamblea General de las Naciones Unidas, 45º periodo de sesiones. [En línea] disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=%20A/RES/45/95&Lang=S>.

“Specially Designated Nationals List” (SDN). [En línea], disponible en: <http://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/SDN-List/Pages/default.aspx>.

Warren, Samuel D., y Brandeis, Louis D., “The Right to Privacy”, en *The Harvard Law Review*, Diciembre 15, 1890, vol. 4, núm. 5, [en línea], disponible en: <http://www.english.illinois.edu/-people-/faculty/debaron/582/582%20readings/right%20to%20privacy.pdf>, consulta: 15 de septiembre de 2014.